

## システムの法理論の現代的射程（二）

福井 康太

### 〈目次〉

はじめに

第一部 オートポイエシスの法理論

第一章 ルーマンの社会システム理論

第一節 社会システムとはなにか

第二節 社会システムの要素

第三節 社会システムの構造

第四節 社会システムの自己構成

第五節 社会システムの機能分化

第六節 小括（以上『法政論叢』第一八号）

第二章 法システムの理論

第一節 法システムの分出

システムの法理論の現代的射程（二）——福井

第二節 法システムの機能

第三節 コードとプログラム

第四節 法システムの自己観察

第五節 小括

第二部 裁判の法理論

第三章 法システムにおける裁判の位置

第一節 立法と裁判のヒエラルヒー

第二節 司法拒絶の禁止

第三節 中心と周辺

第四節 小括(以上本号)

第四章 決定作用の脱構築

第五章 法的論証

第六章 裁判の手続

第三部 法とその他側

第七章 法の構造的カップリング

結びにかえて…オートポイエシスの法理論の可能性

## 第二章 法システムの理論

前章において、ルーマンの法理論の全体像を解明する前提作業として、「オートポイエシスの社会システム理論」を一般的に概観した。そこでは、ルーマンの社会システム理論が、「複雑で不確実であるが、同時に安定していて秩序をもたらす」という、現代社会のもつ両立しがたい相貌を丸抱えにして説明できる、「優れた社会理論」であると

いうことを示したつもりである。それでは、そうした社会システム理論を前提とする場合、法理論はどのようなものとなるのか。本章では、ルーマンの「法システム論」の一般的論点を素描し、「裁判」に関するさらに個別的な論点については、第二部において論ずることにしたい。

## 第一節 法システムの分出

### (一) 一般的問題の特殊な現れ

すでに述べたとおり、法システムもまたコミュニケーションからなるひとつの統一体、すなわち「社会システム」とされる。そこで法システムにも、社会システム理論について一般的に述べたことが基本的にあてはまる(Vgl. RG, S. 30)\*<sup>1</sup>。すなわち、自己関係性に関する諸テーゼ、複雑性への対処の問題、システムの要素、構造に関わる問題、そしてシステムの自己構成のやり方など、包括的な社会システム一般に言えることが、基本的に法システムについてもあてはまる。

しかし、だからといって、社会システム一般について述べられた事柄がすべて、法システムにおいて、そのままの形で立ち現れてくるわけではない。法システムは、全体社会のなかの特定化された「部分システム」である(Vgl. RG, S. 33ff)。すなわち法システムは、機能的に特定化され、他の社会的文脈とは異なる特性を備えるに至っている。法システムは分出した部分システムである。これにともなって、一般的な問題も法システムに「特殊」な現れ方をする。まず、自己関係性に関する問題を本節で論じ、法システムの機能、構造特性、自己観察に関する特性につい

ては次節以降で検討する。

## (二) 法システムの自律性

### (a) 法規範としての自律性？

オートポイエシス的システム理論との関係で、とくに関心を引くテーマから出発しよう。そのテーマとは「法システムの自律性」である。このテーマは、法学の世界において「法は規範の体系であつて事実とは異なる」という命題と結びつけて、繰り返し問題にされてきた。法は「法規範」の体系であり、法規範において閉じられている(かりにこれを「規範テーゼ」としておく)というのである\*。

しかし、全体社会の中で、法規範と事実を「実在的」に区別することはできない。容易にわかることだが、この区別は法システムの外部に対応物を持たない。かりに外部で同様の区別が問題になるとしても、それは法システムにおいて問題にされる場合と意味を異にしている。たとえば、もっぱら貨幣の支払いの有無にのみ関心を持つ「経済システム」のコミュニケーションにおいては、「法規範と事実の区別」など非問題である。また、当該の事柄が真理であるか否かをめぐってやり取りする「科学システム」においても同様である。

要するに、規範テーゼが問題にされるのは、もっぱら法システムの内部においてである(Vgl. RG, S. 33)。このテーゼは、「法が法であることを規定するのは法である」という、「法システムの自己言及性」の別表現である(Vgl. RG, S. 15)。ここで明らかになるのは、規範テーゼが、法システムのなかで描出される法システムの自己像(自己記述)以上のものではないということである。「法規範の自律性」をいくら強調したところで、法システムが全体社

会のなかで「自律的」であることについてならんら語ることにならない。それは、法システムが語る「自己満足」にすぎないからである。全体社会における法の「法規範としての自律性」は、法システム内在的な、ある種の「フィクション」に留まる。<sup>\*</sup>

(b) 法システムの機能的特定化と自律性

だからといって、規範テーゼが二次的意味しか持たないということにはならない。法を論ずるにあたつて、それはあいかわらず看過できない。なぜなら、規範テーゼは法システムの「機能的特定化」の表現形式だからである。機能的特定化は、法システムが分出し、閉じられるための重要な条件である (Vgl. RG, S. 60)。規範テーゼは、法システムにおける時間問題に關わる「自己記述」としては、なお重要である。重複を恐れずに言えば、法システムは全体社会における時間問題来处理する。すなわち法システムは、「決定」を通じて予期を抗事實的に安定化させることで、過去／現在／未来の時間的連関について一貫的印象を生み出し、全体社会の安定化に貢獻する。予期をこのような仕方で安定化することが「規範的」なのである。そして、「規範は違背が生じても貫かれなければならない」という要請が少なくとも「建前」として成り立つ場合にはじめて、法システムはここに述べたような機能を全うすることができる。

だが、そういうことであれば、全体社会のなかには、法システムと同様の機能をはたす「機能的等価物」が他にも存在する。たとえば、ある種の「道德規範」は、人々の道義的非難を通じて同様の機能をはたしうる。全体社会の中に機能的等価物がいくつも存在するとしたら、法システムはその機能においては閉じられることはなく、自律的であるとは言えない。

(c) 法システムの作動上の閉鎖性

では、法システムはなにによって閉じられ、自律的となるのか。ルーマンによれば、法システムは、「法的」な作動 Operation に同種の作動を繰り返し接続させることによって、作動の上で閉鎖的となる (Vgl. RG, S. 57)\*。もって、法システムは自律的となる。そうした「法的」作動、つまり法的コミュニケーションの再生産を特徴づけるのは、「法 Recht／不法 Unrecht」の二分コードである。当該のやり取りの基礎に「これは私の権利だ／いやちがう」とか、「おまえのやっていることは違法だ／いやちがう」というような対立的観点が介在してはじめて、それは法的コミュニケーションと言える。ここにおいて法システムは分出し、閉じられることになる (Vgl. RG, S. 60f)\*。

法システムは、こうした特殊な二分コードに依拠するコミュニケーションから自らを構成することによって、「システム境界」を作り上げ、他の社会的文脈からの距離をとることができるようになる。法システムは、法／不法の二分コードに乗らない要素は、さしあたり外部性として「見えない部分」へと排除する。だからこそ、システムが「見える部分」において閉じられるのである。こうした仕方では、法システムは、外部性による攪乱をうけることにしに、固有の複雑性を「手の込んだ形で」組み立てることができるようになり、大量かつ迅速な問題処理ができるようになる\*。

「システム境界」を作り出すことのメリットはこれに留まらない。さらに、これによって、法システムは他のシステムと構造的にカップリングすることができるようになる。つまり、カップリングする相手の構造を利用して、自らの複雑性への対処能力を大きく向上させることができる。区別を明確にしない場合には、法システムが他のシステムと不用意に接触することは、自らの作動に混乱をもたらし、問題処理を滞らせる結果にもなりかねない。しかし、たとえば「契約」のような、特殊な「装置」を用いて法システムが経済システムと連携する場合、つまり区

別を明確にしながら連携する場合には、それぞれの構造を前提とした「手の込んだ」操作が可能なのであり、大きな処理能力を生み出すことができる。すなわち、契約を用いることで、経済システムにおいては、長期の支払と短期の支払とを組み合わせ、より複雑で手の込んだ投資活動が可能になる一方で、法システムにおいては、定型的で大量の債権債務関係が生み出され、さかんにやり取りされる、などである。

### (三) 法システムの自己言及の特殊性

さて、「法が法であることを規定するのは法である」という、「法システムの自己言及性」について述べた。この自己言及性は、法システムが法／不法の二分コードに依拠したコミュニケーションから組成されることによって、特有の現れ方をする。

法／不法の二分コードに依拠することによって、法的なやり取りは「私が権利者だ／いやちがう」「おまえのやったことは違法だ／ちがう」といった対立関係として構成される。法は、そうした対立関係について、拘束的に確定することを期待される。しかし、法／不法の二分コードは「法は法であり、不法は不法である」ということを同語反復的に述べるだけである。法と不法の内容については、なにも規定しない。そこで、同一の事象が法であることも不法であることもありうる。法／不法の区別はなんでも包含しうるものであり、本来的にはなんにも排除しない。かりになにかを排除しているとすれば、どこかに「ごまかし」がある。そのような排除にはなんの根拠もない。

この無根拠性は、とりわけ「法的決定」との関連で問題化してくる。なぜなら、決定はなにかを排除することによって成り立つのであり、そうした排除の際に根拠を示すことを求められるからである。そして、そこに「根拠が

ない」とすれば、当該決定はパラドックスに陥る。法の自己言及性は「決定」パラドックスという形で表出してゐることになる。法システムは、このパラドックスを様々の方法で「脱パラドックス化」する。根拠は「捏造」される。根拠の「捏造」は、決定を「可能化」するばかりではない。それは法システムの「決定能力」を大きく拡大しさえするのである。法システムは、あたかも社会で生じてくるあらゆる問題について決定でもって対応できるかのようにである。より詳しくは後述する(第三章第二節)。

## 第二節 法システムの機能

### (一) 全体社会の時間問題への対処

より法システムにおける特殊な問題に話を進めよう。ルーマンによれば、全体社会のなかの部分システムは機能的に「特定化」されている。それでは、法システムは、全体社会において、いかなる機能をはたすというのであるうか。

先にも少しふれたが、ルーマンは、法システムが関わるのは全体社会の時間問題であるとする(Vgl. RG, S. 125)。なるほど、人々のやり取りを時間的に拡張させるためには、行動に関する予期を時間的に拘束するというやり方は効果的である。そうすれば、時間的に間隔をおいたやり取りが可能になるからである。しかし、未来は不確定である。コミュニケーションの接続は偶発的なのであり、「未来の不確実性」は避けようがない。そこで、予期を時間的に拘束し持続させる場合には、この未来の不確実性ゆえに、常に「予期はずれ」という時間問題が生じてくる。法



システムはこの「予期はずれ」の問題を処理するのである。

すなわちこうである。一方で、予期を時間的に拘束するためには、人々が様々の偶発事態に抗して予期に依拠し続けることが必要である。しかし他方、そうした予期は「実在的な対応物」をもつわけではない。人々は予期に基づいて行動する場合もあるが、予期に反して行動することもある。人々の行動は偶発的なものであり、自然現象のようには行かない。だから「実在的な対応物」によって予期を安定させることはできない。むしろ、予期の時間拘束のためには、なんらかのメカニズムを通じて、随時生じてくる違背に予期を耐えさせなければならない (Vgl. RG, S. 129)。そしてそのためには、予期が貫徹されるであろうという「見込み」が、人々に対して与えられ続けなければならない。

「予期の貫徹の見込み」は、さしあたり「決定」によつてもたらされる。つまり、違背に対して決定がなされ、サンクションが加えられるということによつてである (Vgl. RG, S. 135)。もっとも、それは当該予期が実現されることについての「現実の保証」である必要はない。そんなものは望めるはずもない。望めるのは、せいぜい同種の事案について先例が確立され、同様の決定が期待されるなど、「シンボリックな見込み」でしかない。とはいえ、それでもかなりの効果はあろう。未来は不確定であり、不可視である。そこで、そうした「見込み」を当てにすれば、人々は、なんの前提もないところから出発するときに生ずるような大幅なコストを削減できる。それゆえに、決定によつてサンクションが加えられる場合には、大多数の人々が当該予期に依拠して行動することが期待できる。だから、貫徹の見込みは「現実的」なものである必要はなく、シンボリックなものであれば足りる (Vgl. RG, S. 129f.)。まさに、法システムの機能は、決定を通じて予期をシンボリックに安定化することにある。もって、全体社会の安定性は向上される。

## (一) 規範的予期と認知的予期の区別

そのような仕方では抗事實的に安定化された予期は、法システムの構造を形成する。抗事實的に安定化された予期を、ルーマンは「規範的予期」と呼ぶ。規範的予期は、予期はずれの場合にも抗事實的に貫徹されとの見込みをもたっており、人々の行動に比較的安定した前提をもたらす。法とは、全体社会のなかで規範的予期が「いつどこで誰に対しても同様に適用されうる」ように一般化されるに至ったものである。ここに言う「規範的予期」は重要な概念なので、少し踏み込んで検討しておこう。

規範的予期は、予期はずれの場合に変更されてしまう予期、つまり「認知的予期」の相關概念である (Vgl. RG, S. 134, SS, S. 436f. 邦訳五九三頁以下、RS, S. 42. 邦訳四九頁)。規範的予期と認知的予期を区別するメルクマーは、予期はずれの「事後処理の仕方」である。この区別はもっぱら予期はずれの処理についての様式に関する区別であって、内容に関する区別ではない。当該予期をどのような観点から眺めるかによって、規範的予期と認知的予期は相互に移行可能である。ある人にとって規範的に予期されている事態が、別の人にとって認知的に予期されるということは十分にありうることである。また、二つの予期の中間領域といったものも存在している。

そうだとすると、この区別は内容空虚な「あいまい定式」にすぎないかのように思えてくる。しかし、この区別について、なおつぎのような意義を否定できない。この区別は、なにゆえに行動についての人々の関心が規範的予期に集中されるのか、その理由を明らかにする。なるほど、ある行動が規範的に予期されるからといって、人々が当該予期どおり行動することが約束されるわけではない。しかし、全体社会は、規範的予期に従って行動する者を

保護する。人々は、規範的予期に関してなら、社会的な支援を当てにしてよい (Vgl. RG, S. 135)。つまり、社会的支援の点で、規範的予期に同調する方が、認知的予期に同調するよりも得るところが大きい。このメリットゆえに、多くの人々の関心は、こと社会行動に関する限り、規範的予期に集中される。他方、認知的予期には、そのような関心が集中されるわけではないために、予期を加工する自由が許容される。つまり「試行錯誤」を行ってよい。<sup>\*</sup>このようなわけで、人々は社会行動に関しては規範的予期に関心を集中させるのであり、全体社会の構造がしばしば「規範」的なものとして理解されるのは、それなりに理由がある。

### (三)「組織化された決定システム」と信頼

話をもとに戻そう。法システムの機能によって、人々は抗事実に安定化された予期（規範的予期）を前提として行動することができるようになる。人々は、どのような予期に関してなら社会的な支援を当てにしてよく、どのような予期に関してはそうではないのかということを知ることができる。少なくとも、大多数の人が依拠するであろう予期を知ることが可能である。人々が当該の予期を前提として行動する場合には、予期への「信頼」について語りうる。信頼は、人々がやり取りをするにあたって投入しなければならないコストを節約するのに役立つのである、複雑性に対処するための重要なメカニズムである。<sup>\*10</sup>

もちろん、法だけが規範的予期なのではない。言うまでもなく、「道德規範」をはじめとして、法的性質をもたない無数の規範的予期が存在している (Vgl. RG, S. 136f)。信頼はそうした他の規範的予期についても問題になりうる。しかし、法システムは、法的性質をもつ規範的予期（法的予期）を全体社会においてシンボリックに貫徹する

ための「組織化された決定システム」(裁判)を備えている (Vgl. RG, S. 144f.)。法的予期に違背する行動に対しては、組織化された決定システムによってサンクションが加えられる。他の規範的予期に対しては、同様の支援を期待することはできない。全体社会レベルで、大多数の人々が依拠することが期待されるのは、ほとんど法的予期に限られてくる。それゆえ、法的予期は他の規範的予期から際立った存在となるのであり、人々はとりわけ法的予期に関心を払っておればよいことになる。

これによって人々の日常生活上の負担は大きく軽減される。法的予期への信頼によって、人々は、個人レベルや相互作用レベルにおける信頼メカニズムによつてはもはや対処できないほどに複雑となった全体社会のなかで、どうにかやっていくことができるようになるのである (Vgl. RG, S. 132)\*<sup>11</sup>。

#### (四) 法の遂行

##### (a) 機能と遂行の区別

法システムの機能を論ずる場合に、「行動制御 *Verhaltenssteuerung*」や「コンフリクトの解決 *Konfliktlösung*」という論点を無視することはできない。もともと、ルーマンは、こうした論点を扱うために、「機能 *Funktion*」とは別の概念を導入するのが有益であるとする。機能は、法システムの「機能的特定化」に関わる概念であり、法システムの固有性を標識づけるものである。これに対して、行動制御やコンフリクトの解決は、あまりに多くの「機能的等価物」をもっている。たとえば、経済における競争も、また政治における影響力の行使も、いずれも行動を制御できるし、コンフリクトの解決をもたらすこともできる。そのようなものを法システムの「機能」に含めると

すれば、機能によって法システムの特定性を表示することは困難となる (Vgl. RG, S. 135f.)。そして、ルーマンは、「法の機能」と「法の遂行 Leistung des Rechts」を区別し、行動制御やコンフリクトの解決といった問題は後者に属するとする (Vgl. RG, S. 156)<sup>\*21</sup>。

ここに「法の遂行」というのは、法システムが全体社会のなかの他の社会システム（相互作用システム、組織システム、部分システム）に対してもたらし働きのことである。法システムは、人々に対して行動のための前提をもたらし。そして、人々が法的予期を行動前提としてやり取りすることは、他の社会システムが自らを組成するコミュニケーションを整序する場合に、いわば「間接的前提」を成す。行動の制御やコンフリクトの解決は、こうした「間接的前提」を形成する一環として行われるのである (Vgl. RG, S. 157)。

(b) 法による行動制御

法的予期どおりの行動が実際になされることは、他の多くの社会システムにとって重要な関心事である。多くの場合、そうであってはじめて、諸々の社会システムの円滑な作動が可能になる。たとえば、ホテルのチェックアウトのときに実際に代金が支払われること、交通ルールが遵守されること、とりわけ、他人を物理的暴力によって威嚇することがさし控えられることなどは、他の社会システムにおいても当然に求められる (Vgl. RG, S. 157)。そうした法的予期の遵守が（部分的にはなく）一般的に欠けていれば、社会は大混乱に陥り、崩壊の危機に瀕することになる。法システムが法的予期をシンボリックに貫徹することは、この限りで他の多くの社会システムのコミュニケーションを整序する一助となるのであり、他の社会システムに属するやり取りを「制御」\*13 すると言える。

しかしながら、法による行動制御は、法に対してなら「優越的位置づけ」を与えるものではない。法は全体社会のすべてを規定し尽くすことはできない。いくら規定しようと努めたところで、他の社会システムや個人の心理

システム固有の条件になり代わることはできない。むしろ、そうした他の領域に立ち入らず、距離を保ちつつ自らの条件の範囲内で「制御」を行うところに、法による行動制御の核心がある。このことの裏返しとして、法による行動制御は「強制」よりもむしろ「自由」をもたらさえるということが言える (Vgl. RG, S. 158)。法的予期が提示する一定の条件さえ満たせば、法はそれ以上要求することはない。残された余地は自由として残される。そうした自由は、他の社会システム、あるいは各個人の心理システム固有のやり方で条件づけされうるのである。

### (c) コンフリクトの解決

コンフリクトの処理についても、法による行動制御について述べたのとほぼ同様のことがあてはまる。<sup>\*4</sup> 全体社会のなかの他の社会システムにおいて、人々のやり取りがうまくいかなくなり、コンフリクトが発生した場合には、法システムが介入することが期待される。取引活動において支払が滞ったり、職場での差別待遇が問題化したり、夫婦関係が破綻したりした場合には、法システムは法的予期を貫徹するという固有の機能をもってこれに対処することが求められる。

しかしながら、法システムは当該コンフリクトを無条件に解決するわけではない。法システムは「なまの姿」のコンフリクトに対処することはできない。法システムは法固有の条件に従って作動する。法固有の条件が他の社会システムの条件になり代わることはできない。そこで、法システムは、本来そうであったはずのコンフリクトを解決するのではなく、法的に構成した構築物としてのコンフリクトのみ解決する (Vgl. RG, S. 159)。したがって、日常のコンフリクトの深層構造やその動機はなんら顧みられず、また「だれがきっかけを作ったのか」という問題も考慮の対象とはならない。それゆえ、法的決定が「本来そうであったはずのコンフリクト」にいかなる影響を及ぼすかを、法によってコントロールすることは困難である。これに加え、紛争の当事者が問題を法的解決にゆだね

ようとしなない場合には、そこに法システムが介入することは許されない。法システムが真にコンフリクトを解決できる局面は想像以上にわずかである。コンフリクトの処理に当たっては、様々の機能的等価物をあわせて用いるの  
でなければ、なんら実効性はない。

### 第三節 コードとプログラム

#### (一) 不変性と適応性

##### (a) 適応の要請

先述のとおり、法システムは、予期をシンボリックに貫徹してみせ、抗事実に安定化させることを、その機能として  
している。もって、全体社会の安定性の向上に寄与するのである。しかし、社会は留まることなく変化している。  
それゆえ、予期の抗事実的安定化（つまり固定化）を過度に貫徹すると、予期は状況への適応性を失いはじめる。  
予期を貫徹することが、社会の安定化どころか混乱をもたらすようになってしまふのである。そのままで、かえ  
って法的予期、つまり「法の構造」に対する信頼が失われるおそれが出てくる。人々がそれを行動前提とすること  
がなくなる恐れさえ出でくる。そうすると、法システムは、自らに属するコミュニケーションを再生産すること  
ができなくなり、消滅することになりかねない。そこで、法システムは、自らの構造に「可変性」を組み込み、自  
らを全体社会の変化に適応させるメカニズムを備える必要がある。つまり、不変であると同時に可変的であるとい  
う、そのままで矛盾してしまう要請に答えられねばならない。では、それはどのようにしてなされるのか。

(b) 法の構造の「二分コード化」

法システムの作動上の閉鎖性との関連で、法の「二分コード化」については、すでに若干説明した。こんどはそれを「法の構造」という観点から掘り下げ、検討する。さて、人々のやり取りのレベルで見れば、法の規範的予期は、満たされるか裏切られるかのどちらかである。もちろん、人々のやり取りの未来はオープンなのであり、実際には事態は様々の方向で進展していくだろう。しかし、時間を捨象したうえで、もっぱら論理のレベルで捉えれば、法の規範的予期はなお肯定されるか、否定されるかのどちらかである。第三項はさしあたり排除される。このことに対応して、法の構造は二値的なものとしてコード化される。すなわち、法／不法の二つの値をもつコードとして組み立てられるのである。これが「二分コード化 *zweiwertige Codierung*」である (Vgl. RG, S. 166)。<sup>\*15</sup>

現実の二分コード化のプロセスは、決してこのように単純なものではなかったはずである。その成立にはなんの必然性もない。それはきわめてありそうにないことだと言うほかない。かりに「二項対立関係」そのものは比較的に自然なものであるとしても、第三項を排除するということは導き出せない。「あれかこれか」という過度に単純化された論理的思考の伝統を背景とするのでなければ、二分コード化の成立を説明することは困難である。<sup>\*16</sup>しかし、二分コード化の成立を歴史的に探求するということは、それほど意味のある作業とは思われない。法的なやり取りが、実際に「これは私の権利だ／いやちがう」とか、「おまえのやっていることは違法だ／いやちがう」という二項対立関係を基礎に構成されるようになったという事実を確認しておけば足りる。二分コード化の成立プロセスについてはカッコに入れたまま話を進めよう。

(c) 法の構造の二重化

二分コード化によって、法的なやり取りは法と不法の「割り振り」をめぐって行われるようになる。<sup>\*17</sup>もつとも、



時間的に見ればコードは不変なままに留まる (Vgl. RG, S. 187)。法の構造が「二分化」されたからといって、それが繰り返し「同語反復的」に参照されるのでは、法の構造に可変性・適応性を組み込みえない。

しかしながら、法の二分コードそれ自体に、直接に可変性を組み込もうとすると、それが「合法」であるものを「不法」化し、また「不法」であるものを「合法」化することを意味しうるがゆえに、そうした過程で「法と不法の同一」という破壊性の強い自己言及パラドックスを招き寄せる (Vgl. RG, S. 188)。そうなつては法システムの自己再生産は滞ってしまう。「この出来事は不法だが合法だ」というのだから、法的コミュニケーションの円滑な接続は阻害され、大混乱が生ずるだろう。それゆえ、法システムは、自らのなかに可変性を組み込むに際して、そのようなパラドックスを回避するために、「手の込んだ」方法を用いなければならない。それでは、どのような方法を用いるのか。

ここで自己言及パラドックスを回避する最も有効な方法は、法／不法の二分コードを繰り返し「同語反復的」に参照するという操作に、新たな区別を投入することである。というのも、新たな区別は、区別の二つの側を非対称化し、一方に不変性を委ね、他方に可変性を委ねることを可能にするからである。そこで、法システムは自らの構造を区別し、コードとプログラムへと二重化する。

ここに「プログラム」というのは、法と不法の価が正しく帰属されているのか、それともその帰属は誤っているのかを明らかにし、さらにその理由について示す付加的ゼマンティクである (Vgl. RG, S. 189f)。法の構造の二重化によって、いまや法／不法の二分コードの配分は、コードそれ自体によって関係づけられることはない。そのかわりに、プログラムがコードの配分を関係づける。

法システムは、コードではなく、プログラムを可変的なものとする。コードの側には不変性を委ねる。コードは

不変のまま留まり続けてよい。変化するのはプログラムである。法は、法／不法の二分コードとしては不変である。しかし、その配分は可変的である。プログラムを変更すればよいのである。法システムは、これによって自己言及パラドックスに陥ることを回避しつつ、自らの内部に可変性を組み込む。立法手続によるにせよ、いわゆる裁判官の法創造 judge-made law によるにせよ、法プログラムは可変的である。ここにおいて法システムは、一面において一貫性・不変性を保ちながら、同時に他面において可変的となるのであり、その可変性において社会の変化に適応しうるようになるのである (Vgl. RG, S. 193ff.)。

## (二) 条件プログラムと目的プログラム

### (a) 条件プログラム

ここで問題となっている法システムのプログラムは、すべて「条件プログラム (Konditionalprogramme)」であると言われる (Vgl. RG, S. 195)。条件プログラムとは、「Wenn / Dann」(もしくならば…がもたらされるべし) という図式にしたがって、一定の原因を、一定の効果の発動要因(条件)として確定するプログラムのことをいう (Vgl. RS, S. 88, 227ff. 邦訳一〇〇頁、二五〇頁以下)。条件プログラムは、法システムが自らの「環境」を参照する場合に、距離を確保することを可能にするための装置である。というのも、直接に生の出来事を、法的コミュニケーションに接続するのではなく、「当該の事態が法律要件(条件)を満たすか否か」というように、間接的に扱うことができるからである。適法か、不適法かというやり取りがなされているところに、唐突に「それは人殺しだ」と言ってみたところで意味はない。そのような接続は法的コミュニケーションを混乱させるだけである。殺人罪について

の法律要件が確定され、当該「人殺し」をそれに照らし、適法か否かを問いうる場合にはじめて、円滑な法的コミュニケーションが可能になる。法システムは、条件プログラムという定式を用いることで、規範的予期の貫徹という態度を保ちながら、同時に環境に対して開かれている、つまり「認知的」であることができる(Vgl. RG, S. 195f.)。法システムにとつてとりわけ大きなメリットとなるのは、条件プログラムのもとでは、「現在における条件の有無」のみ考慮すればよく、「未来の予見不可能な派生的結果」を考慮する負担が免除されるという点である(Vgl. RG, S. 197f., RS, S. 231. 邦訳二五三頁)。その分、法システムは自らを作動の自由を得ることになる。つまり、法システムは、プログラムを相対的に安定したものととして保持しつつ、その条件に組み入れられる「事態」をそのつど異ならせることで、法／不法の配分について柔軟に対処することができる。こうした長所のゆえに、法システムのプログラム、とりわけ裁判所の決定のためのプログラムは、(少なくとも建前としては)条件プログラムの定式をとり続けるをえないのである。<sup>\*18</sup>

#### (b) 目的プログラム

条件プログラムの対義的概念は、「目的プログラム Zweckprogramme」である。目的プログラムとは、一定目的(結果 Folgen)の実現に向けて、もろもろの行動を整理していくプログラムのことである(Vgl. RS, S. 88. 邦訳一〇〇頁)。このプログラムは、たとえば投資の決定や、行政当局によるプランニングなどに適している(Vgl. RG, S. 195)。目的プログラムを用いる場合には、「現時点における未来」と「未来における現時点」が分裂していることからもたらされるリスクを現在において引き受けなければならない(Vgl. RG, S. 199)。現在から見る限り、未来は常に不確定である。それゆえ、「未来における現在」は現在の時点で未来として想定されているものとは、一致しないかも知れない。こうした不一致が生じさせる社会的リスクを引き受ける準備があるのであれば、目的プログラ

ムの定式を用いて自らの態度を整理するということも可能である。たとえば、流動資金の積み立てなどによって、リスク・マネージメントの方法が比較的に確立されている投資活動の場合には、目的プログラムを用いることが積極的意味を持ちうる。しかし、法システムの場合にはそのような状態にはない。裁判官は社会的リスクに備えることはできない。また、目的追求のための手段にも事欠いている (Vgl. RG, S. 179)。法が規範的予期を抗事實的に安定化すると言つても、未来がそれに適合することは決して保証されない。したがって、法システムが目的プログラムに定位することは、少なくとも著しい困難を抱え込むことを意味している<sup>\*19</sup>。

もちろん、法システムが結果を参照することが一切ないということでは断じてない。法が「法律効果 Rechtsfolgen」を考慮することは当然である。さらに、法的にみて生ずることが想定されるような結果についても考慮の範囲に含まれよう。というのも、条件プログラムの形式によって定められるのは、法／不法の決定に際して、決定時点でも確定されていない未来の事態は「決め手」にならない、ということだけだからである (Vgl. RG, S. 198)。「決め手」とならない限りで、結果の考慮はなされうるし、実際になされている。そうした結果の考慮は、裁判官に要求される通常の判断能力と当該事態（および類似の事態）に関する常識に基づいて行われる (Vgl. RG, S. 200f)。そのような意味においてまで結果を考慮せず、条件のみを問題にして決定を下すことなど非常識である。

更に、経験上、法のなかに目的プログラムは多々発見されうるという反論がなされうる。しかし、そうした、見かけ上「目的プログラム」であるかのような決定プログラムも、「真正の」目的プログラムではない。なぜなら、その場合でも、なにが合法でありなにが不法であるかが、未来になつてはじめて決せられるというわけではないからである (Vgl. RG, S. 200)<sup>\*20</sup>。法の決定枠組みは基本的に目的プログラムではない。法の作動は、条件プログラムの形を取り、少なくとも予見不可能な未来の派生的結果から、なんらかの距離をとりうる形でのみ安泰でありうる。

#### 第四節　法システムの自己観察

法システムの場合も、その自己同一性の再生産は、社会システム一般について言えるのと同様に、「自己観察」という構成的作動を通じて行われる。確認までに繰り返すが、ここに「観察」というのは、区別を設け、その際に区別の一方の側を指示することである。「自己観察」とは、システムが自らの内部で、自己と非自己をそのつど区別し、自己を指示する作動である。<sup>\*21</sup>

##### (一) 観察パラドックス

##### (a) 観察の自己言及性

ここでいったん法システムから離れて、「観察の自己言及性」という論点について一般的に考えてみたい。観察は、当該観察自身を「直接に」は観察できない。<sup>\*22</sup> というのも、それでは当該区別にその区別自体を直接に適用することになり、自己言及パラドックスに陥るからである（観察パラドックス）。たとえば、「真である／真でない」という区別によって、「真である／真でない」という当該区別を観察するとしよう。この場合に問題となるのは、「真である／真でない」という区別は「真である」のか、「真でない」のかである。そして、いずれの答えも許容されてしまふ。他方を排除する理由はないからである。そこで、「真である／真でない」という区別は真偽不明に陥る。まさに自己言及パラドックスである。<sup>\*23</sup>

では、観察パラドックスはどのようにすれば回避できるのか。ここで問題となっているのは、観察パラドックス

の「脱パラドックス化」である。脱パラドックス化の方策としてさしあたり有効と考えられることは、区別を用いることである。<sup>\*24</sup>つまり、観察という操作のなかに、当該観察とは区別された別の観察を組み込み、観察をループさせるというやり方である。先ほどの例で言えば、「真である／真でない」という区別に、「説得的である」のか「説得的でない」のかというような、別の観点に基づく観察を接続するのである。このようにすれば、観察パラドックスは、少なくとも当該観察に関しては、回避されることになる。<sup>\*25</sup>

### （b）観察レベルの区別

そこで、自らを構成する区別にその区別を適用することになる自己観察は、観察をループさせることによって、はじめて可能になる。ところで、観察をループさせるということは、システムの自己観察について言えば、「観察レベル」を区別することである。それは、たとえば「言明の真理値は真理性判断の審級において判断される」というように、ひとつのシステムのなかで「観察される観察」と「観察する観察」の「審級」（レベル）を区別することである。<sup>\*26</sup>

観察レベルはつぎのような仕方では区別できる。まず、事態を端的に観察するだけの直接的な観察レベル（ファースト・オーダー）である。ここでは、無自覚なままに当該区別が事態に適用される。観察パラドックスは、この「無自覚性」ゆえにのみ、背後に隠れている。他方、このレベルでは、まだシステムが閉じられることはない。なぜなら、当該区別が無自覚なまま用いられるために、その区別が当該システムを構成する区別とは別の区別に接続される可能性が開かれているからである。<sup>\*27</sup>

つぎに、そのようなファースト・オーダーの観察を観察する観察レベル（セカンド・オーダー）が区別される。このレベルでは、ファースト・オーダーの観察レベルでどのような区別が用いられているかについて、「自己言及に

陥る」ことなく、自覚的に観察できるようになる。なぜなら、「観察される観察」と「観察する観察」とが同じであることがもたらす「自己言及」を回避できているからである。この結果、このレベルの観察では、当該の区別にシステムを構成する区別がきちんと接続されているかどうか、チェックできるようになる。ここにおいてはじめてシステムは閉じられうる。システムの「閉じ」に関わる操作が行われるという意味で、この観察レベルは、システムの自己観察にとつて、特に重要なレベルである。<sup>\*28</sup>

さらに理論上は、セカンド・オーダーの観察を観察するところの観察レベル（サード・オーダー）や、それより高次の観察レベルも区別されうる。そうした高次の観察レベルでは、当該システムの作動をさらに距離をとつて眺めることができる。もつとも、社会システムにおいてそうした高次の観察レベルが用いられるのは例外的である。<sup>\*29</sup>

なお、こうした観察レベルの区別は、「観察する観察」と「観察される観察」の間に、ヒエラルヒー的な上下関係をもたらすものではない。<sup>\*30</sup> ある観察が「他の観察がいかに観察しているのか」を問う場合には、いつでもそのような観察レベルへの「移行」が生じる。観察レベルの区別は観点相関的にのみ問題にでき、実体的に固定できるものではない。

## （二）法システムの自己観察の特色

### （a）ファースト・オーダーの観察レベル

法システムの場合にも、観察パラドックスの問題は当然生じてくる。法システムの自己観察もまた、自己と非自己を区別し、自己を指示することだからである。

法システムは、法／不法の二分コードに依拠したコミュニケーションから組成される。そこで、法システムの自己観察は、法／不法という二つの値をめぐるコミュニケーションと、それ以外のコミュニケーション(たとえば真理をめぐるコミュニケーション)を区別することによって行われる。

ところで、法的やり取りはふつう、人々の間で無自覚なままに展開される。「これは私の権利だ／いやちがう」とか、「おまえのやっていることは違法だ／いやちがう」といつて争っている最中に、「はたしてこのやり取りは法的と言えるだろうか」と問われることはない。そんな余裕はないだろう。このように「余裕」のない、いわば「泥沼の争い」こそが、ファースト・オーダーの観察レベルでの法的やり取りである。

たしかに、このレベルでも、「法的なもの」と「法的ならざるもの」の間で、無自覚的なまま取捨選択は行われている。したがって、端緒としてなら自己観察は行われていると言える。しかしなお、そこでは当該のコミュニケーションが法／不法をめぐるコミュニケーションにおいて閉じられているかどうか、確定できない。なぜなら、当該のコミュニケーションに、法的ならざるコミュニケーションが接続される可能性を排除することはできないからである。

#### (b) セカンド・オーダーの観察レベル

当該のやり取りを法／不法という二つの値をめぐるコミュニケーションであると性格づけ、もっぱら法システムの作動として同定しうるためには、どのようにすればよいのか。ここでもまたセカンド・オーダーの観察レベルが特別な役割をはたす(Vgl. RG, S. 71)。

すなわちこうである。法システムの作動の同定(自己観察)は、「これは私の所有物だ／いやちがう」というやり取りが、たとえば「私の言っていることが真理だ／いやちがう」という別異のやり取りへと流されることなく、き



ちんと法的やり取りに接続されるかを確認することによって行われる。この確認に際しては、法システムの自己観察が観察パラドックスに陥ることのないように「ひと工夫」を必要とする。そのままでは「観察する自己」と「観察される自己」が同じということになるからである。観察パラドックスを回避するためには、法システムが「泥沼の争い」(ファースト・オーダー)の観察レベルと「判断のコミュニケーション」(セカンド・オーダー)の観察レベルを区別し、後者のレベルを自己観察に用いるようにすればよい。<sup>\*31</sup>

これには二重のメリットがある。ひとつは、法システムが、自己観察に際して観察パラドックスを免れることができるということである。もうひとつは、法システムの自己観察が「泥沼の争い」から一定の距離をとることができるということである。この「距離」によって、法システムは、「法律要件／法律効果」(条件プログラム)に基づいて、慎重かつ冷静に、合法か不法かを判断することができるようになる。これによって、法システムは、観察パラドックスに陥ることなく、また「理性的」に自己の作動を同定できるようになる。<sup>\*32</sup>かくして法システムは、セカンド・オーダーの観察レベルにおいて、自己自身を制御できるようになり、作動において閉じられる。<sup>\*33\*34</sup>

#### (c) 法システムの自己観察の拠点

もともと、セカンド・オーダーの観察レベルが法システムにもたらすものは、これだけに留まらない。そうした「制御可能性」を前提に、法システムの内部に法的に拘束力をもつ決定のための、より狭い領域(観察拠点)が成立することになる(Vgl. RG, S. 145)。つまり、「立法」と「裁判」(ないし司法)<sup>\*35</sup>である。立法は、決定に基づいて法プログラムを定立し、また変更する。「裁判」は、決定を通じて、法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹する。いずれも「組織化された決定システム」を形成するのであり、法システムの自己観察の拠点として不可欠である。

實際上、法システムのなかには、立法と裁判の他にも、様々の役割をもつ観察拠点が存在する。<sup>\*36</sup>しかし、立法と裁判の二つがとくに重要な観察拠点であることは、沿革上言うまでもない。立法と裁判という観察拠点の成立は、全体社会の機能分化と連動した、法システムにおける「進化的成果」である。立法と裁判は、セカンド・オーダーの観察レベルにおいて、法システムの自己観察をより徹底させるための条件である。それは、法／不法の二分コードと、その配分を決定するプログラムが、全体社会レベルで「一般的」に貫徹されるために不可欠である (Vgl. RG, S. 145)。法システムが「予期の抗事實的安定化」というその機能を十分にはたしうるためには、法的コミュニケーションとそれ以外のコミュニケーションを、ただ区別できるといっただけでは十分ではない。更に、法／不法という値の配分関係について「一般的」に確認し、また適宜それを変更していくことが必要である。それゆえ、立法と裁判という観察拠点は、法システムの自己観察を完全なものとしていくために欠くことができない。

これに関連して、立法や裁判といった観察拠点の成立と並行して、法システムが「規範化の規範化」(手続の規範化)を進めてきたことには注目する必要がある。法システムは、法プログラムを操作する手順についても法プログラム化している (Vgl. RG, S. 145f.)。立法は憲法上の法制定手続に基づいてのみ有効に行われる。裁判は、「民事訴訟法」や「刑事訴訟法」などの手続法に基づいてのみ有効である。こうした「二重の規範化」が可能となるのは、観察拠点の内部において、「観察の対象となる法的作動」と「観察する法的作動」とが、明確に区別されることによつてである。というのも、それによつて法の作動のなかに観察パラドックスに陥ることなく法を投入できるようになるからである。こうして法システムは、自己の作動を自ら再帰的にコントロールできるようになる。法システムの操作はより手の込んだものとなり、法システムが事態に対処するにあたっての安全度は大きく向上するのである。

## 第五節 小 括

本章の冒頭でも述べたように、法システムもまた「社会システム」のひとつである。それゆえ、基本的には社会システム一般について述べたことがあてはまるが、問題の現れ方にくつか重要な特徴があることは、本章においてこれまで述べてきたところから明らかであろう。確認までに、あらためて要点を整理しておこう。

法システムは、予期の抗事実的安定化という機能において特定化され、法／不法の二分コードを用いることで分出する。分出した法システムは、経済システムや政治システムのような他の社会システムから距離をとり、自律したやり取りの領域を確保する。法システムは、シンボリックに予期を貫徹するというその機能によって、人々に行動前提を提供し、もって全体社会の安定化に寄与する。

法システムは、法／不法の二分コードに基づくコミュニケーションによって組成される。しかし、コードをただ同語反復的に繰り返すだけでは、状況の変化に適應することができない。「不変である」というあり方に、「状況適應的である」という矛盾するあり方を組み込まなければならない。そのためには、なんらかの「工夫」が必要である。ここで登場するのがコードとプログラムの区別である。法システムは、コードの作動とそれを配列する補助的ゼマンティック（プログラム）を区別するのである。法システムは、前者に「不変性」を委ね、後者に「適応性」を委ねる。法システムは、これによって予期のシンボリックな貫徹という自らの社会的機能（不変性）と状況適応性を両立させることに成功する。

法システムは、自己観察をセカンド・オーダーの観察レベルで行う。自己観察を、観察パラドックスに陥ることなく行いうるためである。これによって、法システムは自らの作動を制御できるようになるが、さらにこの制御可

能性を前提として、立法や裁判といった固有の観察拠点を自らの内部に形成する。これによって法システムは自らの自律性を強化することができ、はるかに手の込んだ仕方です。事態に対処できるようになる。私たちが社会のなかで「法というもの」を特別視することがあるとすれば、それは、法システムのこのような高度の対処能力によると思われるのである。

## 第二部 裁判の法理論

### 第三章 法システムにおける裁判の位置

繰り返すが、法システムの固有の制御可能性は、セカンド・オーダーの観察レベルにおける法システムの自己観察によってもたらされる。そうした制御可能性を前提として、法システムの観察拠点として、立法や裁判のような「組織化された決定システム」が成立する。それは法システムの自律性を強化する。

この点「裁判」は法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹するという機能を担っている。この機能こそが規範的予期に「法」としての性質をもたらしている。その意味で、裁判こそが法システムの「構造」を支えているのである。法システムは、裁判がそうした機能をはたしうるように、裁判に特別の位置づけを与えている。それゆえ、法システムにおける裁判の位置づけについての検討は避けて通れない。

本章で注目するのは、「法システムの自己記述」である。法システムの自己記述は、言うなれば反省的に構成され、

単純化された「法システムの自己像」である。それは、セカンド・オーダーの観察レベルを用いて構成される。法システムの場合、それは理論化され「法理論」の形をとる (Vgl. RG, S. 498, SS, S. 621, 邦訳八三六頁)。これを手がかりとすることで、法システムが「裁判の位置づけ」について、なにを「見える」ようにし、なにを「見えなく」しようとしているのか明らかにすることができよう。以下では、ルーマンの述べるところにしたがって、「立法と裁判のヒエラルヒー」という伝統的定式を検討するところから出発し、法システムの観察拠点としての裁判の機能を問う進めることにしよう。<sup>\*37</sup>

## 第一節 立法と裁判のヒエラルヒー

法システムにおける裁判の位置づけを検討していくに際して、まず手がかりとして与えられるのは、「立法と裁判の区別 Unterscheidung von Gesetzgebung und Rechtsprechung」である。この区別は、法システムの全体社会レベルでの分出に連動して登場してきた区別であり、法システムの自己記述のなかで際立っている (Vgl. RG, S. 299)。近代的な法理論は、ほぼ例外なく、なんらかの仕方でこの区別を用いており、その意味で、この区別は「近代法制度」を構成する「基本的区別」と言ってもよい。<sup>\*38</sup>

(一) 非対称性の導入

立法と裁判の区別を考えるにあたって、その「根源」に遡ることは有益である。もともと、ここでは、その区別の「歴史的根源」に遡ることはしない。そのかわりに、法の作動の「論理学的根源」に遡る。

端緒となるのは、ここでも「法システムの自己観察」である。法システムの自己観察は、法的やり取りが法のコードとプログラムに依拠して行われているかどうかをチェックし、必要とあればそれをシンボリックに貫徹する。そうしたチェックは、法プログラムを時間をこえて貫くばかりでなく、状況適応的に変更するという機能をも、同時に担っている。いずれの機能も、まさに法システムの自己観察としてはたさるのであり、本来的にはひとつである。なるほど歴史上、立法と裁判のいずれもが「裁判権 *iudicium*」のふたつのヴァリアントと見られ、一元的に政治権力によって握られていたとされるが、このことは示唆的である (Vgl. RG, S. 300)。<sup>\*39</sup>

しかし、そうだとすると、「判断者が判断基準をも定めてしまう」ゆえに、観察パラドックスを回避できない。「観察する観察」と「観察される観察」が同じであるということになってしまうからである。そこで「基準定立者」(立法)と「基準適用者」(裁判)とを区別し、法システムの自己観察のなかに「非対称性」を組み込むことが、パラドックスの回避策として登場してくる。この区別は、(セカンド・オーダーの観察レベルにおける) 法システムの自己観察に組み込まれた「最初の区別」である。

立法と裁判の区別は、法システムの自己観察に、つぎのような仕方では非対称性を組み込む。「法を定立し変更するのは立法である。しかし、立法は自ら法を適用してはならない。他方、法を適用するのは裁判である。裁判はもっぱら法適用に徹しなければならず、法を定立したり、変更してはならない。」というようにである。

もつとも、なおこのままでは不十分である。立法と裁判のいずれの側からも非対称性を用いることが可能だからである。これでは容易に観察パラドックスが表面化しかねない。「基準定立者」と「基準適用者」が同一視されてしまえば「もとの木阿弥」である。

## (二) 非対称性の強化

観察拠点の非対称性を強化するための方策として、かつて立法と裁判との間に「上下関係」を組み込もうと試みられた。「立法と裁判のヒエラルヒー」という、大陸法系の憲法理論にはなじみのある定式の登場である(Vgl. RG, S. 302)<sup>\*40</sup>。この定式は、「立法は法律を通じて裁判に対し命令を与え、裁判はその命令に拘束され、裁判が行いうるのはもっぱら法律の執行だけである」とするものである<sup>\*41</sup>。これによれば、法システムにおける裁判は、立法に対し「従属的位置」におかれることになる<sup>\*42</sup>。

この定式を用いることで、観察パラドックスをより遠くに追い払うことが期待される。この定式は、二つの観察拠点の間の「性質の違い」を際立たせ、明瞭化する。「基準定立者」が上位で、「基準適用者」が下位というわけである。そこで両者が同一視されるおそれは少なくなる。両者が同一と見なされることがなければ、さしあたり法システムの自己観察において、観察パラドックスが表出することはなくなる。だから、観察パラドックスをより遠くへと追い払う結果になる。

しかし、この定式は所詮、「実在的対応物」をもつものではない。あくまで、観察拠点の非対称性を強化するための概念装置、換言すれば「補助的ゼマンティック」以上のものではない。それは、法システムの「自己記述」のなか

にのみリアリティーをもつ。そうした自己記述は、法システムの再生産をゆるやかに方向づけするものの、それを拘束してしまうことはできない。

### (三) ヒエラルヒー定式の限界

自己記述を取りはらって実態をみた場合、両者の関係はどのようなものであるのか。たしかに、立法は裁判の変更の原因を作る。立法が法プログラムに変更を加えた場合、裁判もこれに基づいて多かれ少なかれ自らの態度を変更せざるをえない。裁判が法律に基づいて行われているということは、もちろん否定できない。

しかし他方、裁判も立法の変更の原因を作ることができる。裁判は法規の解釈について固有の裁量権をもつ。解釈という権能が与えられている限り、裁判が一方的に立法に拘束されるということはない。多くの法規が用意されているほど、それらの「相互関連性」を理由に、解釈の幅が広がりさえする。法規の拘束をかくぐることなど、法解釈にとって、さほど困難なことではないのだ。そこで、なんらかの事件が頻発する場合に、裁判が立法を促す意味を込めて、あえて特定の解釈論をとり続けるということとは、しばしば見られる。<sup>\*43</sup>とりわけ「法の欠缺」が語られる場合がそうである。その結果として、立法はしばしば、裁判によって態度の変更を強いられる。そもそも、立法が裁判の動向と無関係に自らの態度を貫徹できるはずなどない (Vgl. RG, S. 303)。

このように、立法と裁判のいずれもが他方の変更の原因を作りうる以上、両者の「指示関係」は、一種の「サイバネティックな循環関係」にあるというべきである。裁判官は、立法者がなにを意図し世界をどのようにに観察しているか知ろうと努めなければならないが、しかし他方で、立法者もまた、裁判所において事案がいかなる形式にお



いて申し立てられ、検討の対象にされ、処理されるのか観念しうるのでなければならぬ (Vgl. RG, S. 302)。このようなことが、時代とともに、しだいに明らかにされていく。いくら「見えなく」しようとしても、これを見えなくすることはできなくなる。「立法と裁判のヒエラルヒー」を用いた非対称性の強化策は、社会的支持を失っていく。

さらに、これに輪をかける事態が同時進行する。法を生み出す拠点の多様化である。いまやこれは明らかである。立法に由来する法も、契約に由来する法も、裁判に由来する法も、そして行政に由来する法も、法システムにおいて、同様の性質のものとして「妥当」している (Vgl. RG, S. 334f)。そして誰もがそれを、当然のこととして受け入れはじめている。それゆえ、法創出に関して立法に特別の優越的位置を割り当てるという方策は、非対称性の強化策として、もはやそれほど意味を成さない。そこで、裁判の位置づけに関し、「立法と裁判のヒエラルヒー」という不十分な定式を乗り越える、さらに別の定式が模索されることになる。

## 第二節 司法拒絶の禁止

### (一) 非対称性の新たな強化策

ヒエラルヒー定式が、法システムの観察拠点の非対称性を強化する方策としてもはや社会的支持を失っている以上、「立法は法律を通じて裁判に対し命令を与え、裁判はその命令に拘束される」という仕方では、二つの観察拠点の非対称性を維持することはできない。そうなってくると、法システムの自己観察にともなう観察パラドックスを「不

可視化」するために、非対称性の新たな強化策をどうするかが課題となる。ルーマンは、そうした方策を考えていくための手がかりとして、「司法拒絶の禁止 Verbot der Justizverweigerung」(Vgl. RG, S. 310) を挙げる。

司法拒絶の禁止とは、「裁判所に対して適法な訴えがなされた場合には、裁判所はこれに応ずることを拒むことができない」という原則のことである。この禁止は、「拒否することの禁止」であり、法システムが紛争当事者の法的救済のために設ける自己強制である。近代的な司法制度を設けている諸国であれば、例外なくこれを建前としている。<sup>\*4</sup>この禁止は、法システムがあらゆる法的事案について、決定をもって対処することができるという「宣言」である。法システムが一般的に妥当し、全体社会レベルで決定能力を保持しうるためには、なんらかの「制度的配慮」が必要である (Vgl. RG, S. 313)。この宣言は、法システムがそうした制度的配慮はできていると胸を張ってみせているに等しい。

もちろん、司法拒絶の禁止もまた、法システムの自己記述に書き込まれた、ひとつの「建前」以上のものではない。<sup>\*5</sup>しかし、この禁止が裁判のみに課され、立法には課されていないということは、二つの観察視点の間で非対称性を際立たせるための手がかりには十分なりそうである。

## （二）法システムの包括性がもたらす困難

ここで、裁判という観察視点が抱えている困難について確認しておこう。法システムは、全体社会の「部分システム」である。とはいえ、その「部分」という意味は「領域的」に理解されてはならない。法システムは、その妥当範囲が全体社会の全領域に及ぶ「包括的社会システム」である。

この「包括性」ゆえに、法システムは、「法的」処理に馴染まない事柄、つまり、法／不法のコードとプログラムを用い、必要とあれば決定によって対処するというやり方が困難であるような事柄をも、そのなかに含んでいる。普段はそれが問題化されないだけである。だが、裁判がそうした事柄に対して、決定の形で介入しなければならぬ場合もしばしば生じてくる。

裁判にのぼってくる事案は、訴えが提起されるにあたつて「事件構成」されるために、外観上ほぼ例外なく「権利義務の争い」の姿をとる。それは一見、「法的」処理に適するように見える。しかし、そうした紛争であつても、一皮めくつてその「なまの姿」を見れば、多くは法的処理に適しないところを含む。たとえば、一見株式会社の支配権をめぐる「ビジネスライクな法的紛争」であつても、実際には親子きょうだいの愛憎に関する「家族紛争」であつたりする。後者のような「社会的実体としての紛争」と法的処理の間には、埋め合わせようもなく大きな乖離がある。そして、「社会的実体としての紛争」への配慮を欠いた、いわば「短絡した」法的処理を行えば、かえつて問題を紛糾させてしまうことさえある。

そうした乖離を生ずる事案は「例外的」なものにすぎないと見る向きもあろう。しかしそうではない。実のところ、裁判に持ち込まれてくるすべての事案が、程度の差はあれそのような事案であると言つた方が正しいのである。

### (三) 決定パラドックスの脱パラドックス化

次章で詳しく論ずるが、そもそも「決定する」ということ自体、ひとつのパラドックス（決定パラドックス）である。決定はなにかを排除することによって成り立つが、そうした排除を裏付けるものはなにもない。本来いつで

も覆されうる。そこで、決定は「脱パラドックス化」によつてはじめて「可能になる」と言ひうる。

だがしかし、「社会的実体としての紛争」と法的処理の間にある乖離は、脱パラドックス化のために要する裁判の負担を激増させる。裁判が、持ち込まれてきた事案に対して不用意に「法的」介入を行うことは禁物である。「社会的実体としての紛争」は、わずかのきっかけで、偶発的にどのような方向にでも流動する。それは、法的決定の意図しない方向に、いくらでも流れていく。こうした事態に陥れば、裁判は自らの非力さ、決定能力のなさをあらわにしてしまう。かりにそうした「失態」が続けば、裁判が觀察拠点として担っている、「法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹する」という機能に対する人々の信頼は急速に失われてしまうだろう。法システムは社会的支持を失い、その妥当の基礎を危うくすることにもなりかねない。では、そのような事態を回避しつつ決定パラドックスを脱パラドックス化するには、なにが必要なのか。

#### (四) 法システムの一般的な妥当の条件

法システムにとつては、自らの機能に対する「システム信頼」を確保することが、まず先決問題である。そうであつてはじめて、法システムは自らの一般的な妥当基礎を安定化することができるからである。そこで必要となつてくるのが「裁判はなんでも決定できる」という外観である。

先述したように、司法拒絶の禁止は、法システムがあらゆる法的事案について、決定によつて対処できるという「宣言」である。つまり「裁判はなんでも決定できる」という宣言である。しかし、裁判に持ち込まれてくる事案は、その本質からして、程度の差はあれ法的決定によつて対処することができない。したがつて、この「宣言」と

裁判の内実の間に乖離があることは、明らかである。しかし、人々はあえてその内実を問うことはしない。一見もつとらしい「論証」が与えられていれば、それを疑わない。とりわけ、紛争に直面していない多くの一般人は、無関心ゆえに、その「疑わしさ」を問題にしたりしない。だから、「裁判はなんでも決定できる」という外観は、さしあたり損なわれることはない。そこで裁判は、法的に決定しえないはずの事柄について、あくまで「法的外観」のもとに決定し続けることができる。

このような仕方では、法システムは、包括的な社会システムとして、一般的な妥当基礎を得ることができる。司法拒絶の禁止は、まさにそのための条件である。この妥当基礎は、人々が問題にしないがゆえに継続している「虚像」にすぎない。しかし、たとえ虚像であつても、法はそれによつて「自らを出発点とする閉じられた宇宙」となる(Vgl. RG, S. 317)。この宇宙は、法的な事柄において閉じられているにもかかわらず、法的に決しえないことをも含めて極めて多くの事柄に開かれた「虚構の宇宙」である。

#### (五) 法ドグマの自由な展開

法システムの妥当基礎が単なる「虚像」であるといつても、それに対して補充的に裏付けを与える操作は、なお不可能ではない。法ドグマ(法の教義)はそのような裏付けとしての役割を十分はたしうる。「法教義学」は、膨大な数の法規がどのような「相互連関性」のもとに解釈されるべきかについて、柔軟に対処できる方途を整えている。解釈を補完するための概念や法理は、周知のとおり数限りなく準備されている。<sup>\*46</sup>

さて、「司法拒絶の禁止」は、そうした法ドグマの自由な展開を可能にする前提条件でもある。<sup>\*47</sup>一見逆説的である

が、この禁止があることによって、法解釈は操作のフリーハンドを得るのである。<sup>\*48</sup> この点について、いわゆる「ハード・ケース hard case」(難件)を手がかりに考えてみよう (Vgl. RG, S. 314)。

ハード・ケースとは、決定に際して、論理的に正しい演繹方法を用いて、すでに確立された明確な法準則を解釈適用しても、一義的な決定を下せないような事案のことを言う。ハード・ケースにおいては、まさに「決定不可能なことを決定する」のだから、決定パラドックスが否応なく表面化してくる。論理的に見る限り、決定によってハード・ケースに対処することは不可能なはずである。この場合「明白でないゆえ判定不能 non liquet」は排除できない。

しかし「決定の強制」が課されているために、裁判はその場合にもなお、決定を行わなければならない。裁判は、問題が持ち込まれる限り、法ドグマを用いて回答することを拒否できない。「決定を行わない」という態度選択は閉ざされている。このことは、ある種の「論理逆転」をもたらす。すなわち、決定を可能にするためなら、裁判は法ドグマをどのように展開して用いてもよいというようである。そのために、ほとんど恣意的と言ってよいような「カズイステイク」の展開が、正当視される。<sup>\*49</sup> たとえば裁判は、当該ハード・ケースに「法の欠缺」を見出し、現行法規とは無関係な論理を持ち込むことによって、もつともらしい決定を下すことができる (Vgl. RG, S. 315)。その際、「法的良心」などという、法的であるかどうか疑わしいものが、「法的根拠」として用いられたりする。当該根拠が「法的」範疇に含まれるかどうかを問えば、いくらでも疑問が生じてこよう。しかし、そのようなことは問題にされない。それは、法ドグマの「もつともらしさ」の外観のもとに、封印されたまま放置される。この結果、裁判が「法である」ということにした事柄は、それが問題化されない限り(滅多なことでは問題化されることはない)、「法」として扱われる。<sup>\*50</sup>

このようにして裁判は、ほとんどありとあらゆることに、法ドグマを用いてどうにか対処できると言えるところまでたどり着く。「裁判はなんでも決定できる」という宣言は、あなたがち「虚言」ではなくなってくる。このことは、裁判に対して「最終的に法的なものを画定しうる位置」を与える。それは法システムが分出を達成し、機能的に特定された自律的な社会システムであることの条件のひとつとなる。そうであってはじめて、法的な事柄についての「それ以上遡ることのできない審級」が与えられることになるからである。以上から伺えるように、裁判に与えられたこの位置を用いて、立法と裁判という二つの観察拠点の間の非対称性を、ヒエラルヒー定式とは別様な仕方強化できそうである。

### 第三節 中心と周辺

#### (一) 新たな非対称性定式

繰り返すが、「司法拒絶の禁止」は裁判に対して「最終的に法的なものを画定しうる位置」をもたらず。法システムは、裁判なる審級をもって閉じられるのである。このことは、裁判という観察拠点に対して、法システムの他の諸領域とは異なる、特別の位置づけを与える。それゆえ、司法拒絶の禁止を基軸として、立法と裁判という二つの観察拠点の間の非対称性を強化することは、かなり有望な方策だと言つてよい。

それはつぎのような仕方で行われる。法システムは、司法拒絶の禁止を課されている結果「最終的に法的なものを画定しうる位置」に立つ裁判と、それ以外の領域とに区分される。立法は、後者の領域のなかのひとつの拠点と

なる。立法は、後者の領域になかでは相対的に優位な位置に立つが、だからといって「絶対優位」の位置には立たない。このことは、いまや明らかに行政や契約、そして裁判さえもが法創出に関わっているという人々の現状認識に対応している。

裁判は、法システムの閉じに関する操作を行う。裁判は、法システム自らが課した「決定強制」に基づいて、提起されてくるあらゆる訴えに、法的決定によって応じなければならない。これに対して、裁判以外の領域では、外部との接触のなかで時宜に応じて法を創出し、法システムの作動を豊穡化することが期待される。

## (二) 中心と周辺の分化

このようにして、立法と裁判という二つの観察拠点の間の非対称性が、司法拒絶の禁止を基軸として、別様な仕方で作り出され強化される。この定式を、ルーマンは「中心と周辺の分化 *Differenzierung von Zentrum und Peripherie*」(Vgl. RG, S. 321) と呼ぶ<sup>\*51</sup>。この分化は、法システムの内部分化として記述される<sup>\*52</sup>。近代的な司法制度を具備し、司法拒絶の禁止を設けている諸国の法制は、多かれ少なかれすでにこの定式に移行していると言いうる。

「中心と周辺の分化」定式について敷衍しておこう。ここまで述べてきたことから容易に推測がつくだろうが、法システムの「中心」とは裁判のことである。中心は、法／不法のコードとプログラムを用い、法的決定を下すことを強制される。それを拒否することは許されていない。だから、ここにおいて法システムの作動は閉じられることになる。そして、「法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹する」という法システムの基本的な機能は、中心が担うことになる。



これに対して法システムの「周辺」とは、その作動に強制が課せられない、立法や行政や契約などの領域のことである。(Vgl. RG, ebenda)。なるほど、立法府に立法が強制されるということはない。憲法上個別的に「立法義務」が定められることはあるが、包括的に立法が強制されることはない。いつどのような内容の法律を作るかは、原則的に立法裁量にゆだねられる。また、行政による命令や規則の定立も、必要に応じて任意に行われる。さらに契約の締結が強制されるということもない。これは「契約自由の原則」の述べるところである。特定方式による契約が強制されることもあるが、締結自体は任意である。この意味するところは、周辺では法／不法の区別に法／不法の区別を接続することが強いられないことである。つまり、さしあたりは観察パラドックスが問題にならないということである。観察パラドックスを生じそうな場合には、後続する区別をすり替えればよい。

まさにそれゆえ、周辺は、政治や経済や家庭生活といった、様々の外部領域と法システムの接触領域として適している (Vgl. RG, S. 322)。周辺では、様々の社会的利益を持ち出すことができる。また、政治的影響力によってそうした利益を立法化していくことができる。たとえば、政党間の取り決めに基づいて法が形成され、あるいは市場の実状に合わせて法が運用され、企業の定めた約款が流通するのは、まさに周辺においてなのである。「法化 *Verechtlichung*」現象は、周辺における、政治や経済の影響力による立法の氾濫と裏腹の関係にある。周辺は、法システムが外部の様々の領域と接触し、とりわけ「構造的カップリング」を通じて結合するための重要な領域である。周辺は法システムの「開放性」のための欠くことのできない条件をなすのであり、法システムの作動を豊穠化する上で重要な役割をはたす。

(二) これは「司法国家」観なのか

周辺における法システムの作動は、中心たる裁判の高度の決定能力に依存する。裁判が、決定を通じて「法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹する」という機能を全うしてはじめて、人々は「法的なもの」とそうでないものを、確定的に区別できる。そこで、周辺における「外部領域との接触」が混乱に陥ることが回避される。人々は、明確化された区別を前提にして、法、経済、政治その他の手段を使い分けた、複合度の高いやり取りを行うことができる。だから、周辺は「中心に依存している」と言える。

しかし、「中心と周辺の分化」は、周辺を一方的に中心に依存させ、ヒエラルヒー定式を逆転させる定式ではない。それは、ランクづけでもなければ、全体社会における重要性の差異を定式化するものでもない (Vgl. RG, S. 323)。それは、立法中心の国家観を新たに「司法国家」観に置きかえるものではない。なぜなら、「中心もまた周辺に依存している」からである。

中心は、決定強制を課されているゆえ、多様な社会的利益に直接に振り回されているわけにはいかない。ただでさえ決定負担が大きいのに、さらに大きな決定負担を負うことになるからである。そんなことをすれば、決定パラドックスの脱パラドックス化など、全く不可能になるだろう。それゆえ中心は、外部接触の負担をできる限り軽減しなければならない。そこで中心は、外部領域と接触する負担のか나りの部分を、決定強制を受けることのない周辺に委ねる。たとえば、「環境問題」のように、対処することを必要とする新たな社会的問題が生じてきた場合には、まず政治的コンセンサスの形成が期待され、立法や行政がそれに対処するよう促される。そのために裁判は、あえて否定的な判決を繰り返すこともある。他方、範囲が限られていれば、人々が契約を用いてその解決を図ってもよ

（Vgl. RG, S. 322f.）。すなわちこれにせよ、裁判がこれに対して、直接に「法創出的」に決定を下すことは、できる限り回避される。これによつて、中心は自らに課された「決定強制の負担」にどうにか耐えうるようになる。もつて中心は、少なくとも外観の上では法／不法のコードとプログラムのみを用いて問題を処理し、予期をシンボリックに安定化するという役割をはたし続けることができる。

#### （四）定式を置きかえることの実質的理由

最後に、定式を置きかえることの実質的理由について、一言しておこう。「司法拒絶の禁止」を手がかりにして新たな「非対称性定式」を立てることが可能だというだけでは、あえて「中心と周辺の分化」定式を提唱する理由として不十分である。

ルーマンは、現代における「法創出連関の多元化」という法現象が、法システムの自己記述のなかに見い出されはじめているということに注目している。この定式は、なによりまず、立法によつて生み出される法の妥当と、契約や行政によつて生み出される法の妥当を、同列的に取り扱う。さらに、それら相互のネットワーク化さえも視野のなかに入れることができる。とりわけ、この定式によつて、「組織による法創出」というテーマに光を当てることができるということは重要である（Vgl. RG, S. 324f.<sup>53</sup>）。

つまりこうである。現代社会において、組織は大規模化し、連合体として全体社会レベルに広がりをもつことができる。そうした組織内部における、もしくは組織相互間に成立する大量的な関係は、契約の形態をとることによつて、立法と同様に法的に妥当しうる。それは、全体社会レベルで一般的な拘束力をもちうる。たとえば、銀行の

連合体が定めた「銀行取引約定書（ひな形）」や「当座勘定規定（ひな形）」がそうである。その拘束力を単に「事実上の拘束力」と見るべきかどうかは難しい問題であろうが、法システムはそれを端的に「法である」と見なしはじめていくようである。裁判は、そのような契約を考慮して決定を下す。立法も、そのような契約と連携しうるように配慮しながら行われる。このような現象を無視して立法中心の定式を維持することは、もはや非現実的とさえ言えないだろうか。

#### 第四節 小括

本章では、「法システムの自己記述」（法理論）のなかに見られる裁判の位置づけについて、ルーマンの述べるところに依拠しつつ、概観してきた。法システムが「裁判の位置づけ」について、なにを「見える」ようにし、なにを「見えなく」しようとしているのかを明らかにしたつもりである。

そこでは、法システムの自己観察という、法の作動の「論理学的根源」に遡り、そこで発生する観察パラドックスをどのようにして回避するかをめぐって、「立法と裁判のヒエラルヒー」と「中心と周辺の分化」という、二つの定式を検討してきた。その際、立法と裁判という二つの観察拠点の間の「非対称性」をどのようにして作り出し強化するかが中心問題となった。そして結論のみ言えば、「立法と裁判のヒエラルヒー」定式は不十分であり、「中心と周辺の分化」定式を採用することが望ましいというところにたどり着いたわけである。

「中心と周辺の分化」定式は、司法拒絶の禁止に着目することで、裁判に「最終的に法的なものを画定しうる位置」を見出し、その位置づけをもって非対称性を作り出すための手がかりとする。この位置（中心）に立つこと

で、裁判は法システムの閉じに関わる操作を行うことができるようになる。「法のコードとプログラムを全体社会レベルでシンボリックに貫徹する」という法システムの基本的機能は、中心である裁判によって実現されることになる。もともと、ありとあらゆることを引き受けていたのでは、中心における操作は破綻する。周辺において、つまり立法や行政や契約によって、他の社会領域との接触の役割が担われ、中心の負担が軽減される必要がある。そうであってはじめて、中心は自律的に活動できるようになる。あくまで、中心と周辺は水平的な相互依存の関係にあり、いずれが上位の位置に立つというものではない。この定式は「司法国家」を目指すものではない。

## 註

\*1 「オートポイエシスのシステムとしての法」についてのルーベン自身による解説論文として、vgl. Die Einheit des Rechtssystems, *Rechtstheorie* 14, 1983, S. 129-154, engl., The Unity of Legal System, in: Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin/ New York 1988, pp. 12-35. 中野敏男訳「法システムの統一性」所収：河上倫逸責任編集『ゲルマニステイクの最前線』リポポート社（一九九三年）一九一―二二二頁。

\*2 存在と当為は別様のものであり、別々の方法で扱わなければならないとする見方（方法二元主義）は新カント主義法哲学以来の伝統であった。Vgl. z. B. Emil Lask, *Rechtsphilosophie*, in: *Gesammelte Schriften*, 1. Band, Tübingen 1923 (S. 275-332), S. 311f. 恒藤恭訳『法律哲学』大村書店（一九二一年）五七頁以下。Gustav Radbruch (Hrsg. v. Ralf Dreier/ Stanley L. Paulson), *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, Heidelberg 1999, S. 13ff. 田中耕太郎訳『レーンブルフ著作集Ⅰ・法哲学』東京大学出版会（一九六一年）一一三頁以下。Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, Nachdruck, Wien 1992., S. 5ff.

\*3 法システムは自らの意味や機能を反省的に理論化し、統一性として表現しようとする（Vgl. RG, S. 498f.）。もちろんそのような仕方では「フィクション」たる自己像を語るのが法の「自己記述」の役割である。法的コミュニケーションは「そうした「自己記述」（法理論）に基づいて整序される。法システムにおいて「理論」が果たす役割は、他のシステムにくらべてきわめて大きい。

- \* 4 Cf. N. Luhmann, *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in: *Cardozo Law Review*, Vol. 13, pp. 1419-1441 (pp. 1425ff.). 土方透訳『法の社会学的観察』ミネソタ書房(二〇〇〇年)九〇頁以下。
- \* 5 このような仕方ではシステムが閉じられ自律化することを、ルーマンは「法システムの作動上の閉鎖性 Operative Geschlossenheit des Rechtssystems」<sup>24</sup>と呼び( Vgl. RG, S. 41 )。なお、自律性は作動上の閉鎖性の帰結であって、両者は同義ではなく( Vgl. RG, S. 63 )。
- \* 6 法システムの境界の意味について明らかにし、境界の多元性と動態性について扱う興味深い論考として、江口厚仁「法システムの境界と変動」宮澤節生・神長百合子編集代表『石村善助先生古稀記念論文集：法社会学コロキウム』日本評論社(一九九六年)を参照。
- \* 7 Vgl. N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/ Wiesbaden 2000, S. 123-151 (insbes. S. 127), ders., *Die Paradoxie des Entscheidens*, in *Verwaltungs-Archiv*, Vol. 84, 1993, S. 287-310 (insbes., S. 289)。
- \* 8 ルーマンは『法社会学』以来、意味の三次元(事象次元、時間次元、社会次元)における「規範的予期の整合的一般化」として、法を定義している( Vgl. RS, S. 99, 邦訳一二三頁)。現在でもなお、法を定義するための道具立ては大きく異なっていないが、ルーマンの分析の重心は時間次元に置かれてくる( Vgl. RG, S. 125 )。
- \* 9 ルーマンは「科学システムと法システムの分出は、認知的予期と規範的予期の区別に依拠して水路づけされるとしている( Vgl. SS, S. 440f. 邦訳五九九頁 )。
- \* 10 「信頼」は、その最も広い意味、つまり人が自ら抱いている、諸々の予期を当てにするという意味においては、社会的生活の基本的な事態である。 Vgl. hierzu N. Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 3., durchges. Aufl., Stuttgart 1989, S. 1. 大庭健・正村俊之訳『信頼：社会的な複雑性の縮減メカニズム』勁草書房(一九九〇年)一頁。信頼の問題は、(既に顕在化されてしまっているがゆえに)より少ない「現在の可能性」を、ひとつの尺度として(より多くの潜在的可能性を含んでいる)未来を単純化するという点にある( Vgl. ebenda, S. 12, 邦訳一九頁)。それは「単純化」をとむなうという意味において、切り詰めのリスクを生ずる。しかし、それでもなお人は社会の複雑性のなかに投げ出されているがゆえに、何らかの単純化された行動前提を選択することが強いられており、否が応でもそのような行動前提を受け入れざるをえない。さて、当該箇所での問題となる信頼は、ルーマンの言う「システム信頼」である( Vgl. ebenda, S. 50ff. 邦訳八七頁以下)。この信頼は、機能分化の進んだ社会においてはじめて可能となる信頼のあり方である。(社会的)世界が極めて複雑で多くの可能性を含みながらも、

なお既に規定されたものとして、あるいは規定可能なものとして構成され把握されうるのは、未来を単純化する負担が社会システムのなかでコントロールされ、配分されることによつてである。そうしたことは世界の高度の複雑性を選択するメカニズムが社会システムに組み込まれていない限り不可能である。そして実際、社会システムにはそのようなメカニズムが存在している。そのようなメカニズムとなるのは、一般化されたコミュニケーション・メディアである (Vgl. ebenda, S. 51 邦訳八八頁)。ルーマンが「信頼」において挙げているのは、貨幣、愛、真理、権力といったメディアであるが、法もそのひとつである。それらは、あらゆる可能的なあり方を「貨幣価値の大小」「愛情の有無」「(真理性という) 権威の有無」「(正統化された) 権力の大小」「法/不法」という形に単純化して取り扱うことを可能にし、予期を構造化することを可能にする。社会生活をする場合に高度の複雑性を引き受けることのできない個々人は、そのようにして構造化された予期を、多かれ少なかれ行動前提にせざるをえない。それゆえ、現代社会においては、このような「システム信頼」は不可欠である。法によつて抗事實的に安定化された予期が、社会のなかのアクターにとつて行動前提として受け入れられるということは、このようなコンテクストのもとではじめて理解できるであらう。

- \* 11 法システムは、その分、シンボリックにもたらされた信頼危機に対しては脆弱である。裁判の機能不全が社会全体に対して明白になるなど、法的予期の貫徹能力に関わるような信頼破壊はとりわけ致命的である。法システムは、自らに向けられた「システム信頼」に対して過剰なまでに敏感であり、「司法拒絶の禁止」など信頼保護のための様々の諸形式を発達させている (Vgl. RG, S. 132)。
- \* 12 法の機能が予期の安定化なのか、それとも行動制御なのかという論点に「つて」 vgl. N. Luhmann, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssicherung?, in: AR, S. 73-91.

- \* 13 法による行動制御が法社会学の中心テーマであり続けてきたことには、十分な理由がある。しかし、ルーマンは法による行動制御の可能性について、それほど高く評価していない。この点、ルーマンの影響を強く受けている法学者グンター・トイブナーは、オートポイエシスのシステム理論に基づいて、法の閉鎖性(自律性)と開放性の間にある相互依存的な関係を説明するとともに、再帰的な法 reflexives Recht による社会のコントロールを構想する。Vgl. hierzu Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989, S. 81ff. 土方透・野崎和義訳「オートポイエシス・システムとしての法」未来社(一九九四年)一〇八頁以下。これに対してルーマンの議論を「つて」N. Luhmann, Steuerung durch Recht? Einige Klarstellende Bemerkungen, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 12 1991, S. 142-146.

- \* 14 「コンフリクト」は、ダブル・コンティンジェンシーを土台として成立する一種の社会システムである。コンフリクトは、適度の不確実性を再生産し、人々の全体社会のなかのやり取りを活性化するとともに、構造を環境に適応するように変動させるきっかけを

もたらす。コンフリクトは過度に増大すると社会を破壊するが、なくなってしまうのも困るものである (Vgl. SS, S. 529ff. 邦訳七〇七頁以下)。Vgl. hierzu N. Luhmann, *Konflikt und Recht*, in: AR, S. 92-112 (insbes. S. 99ff.). なお、ルーマンのコンフリクト論について検討している論文として、村上淳一「争いと社会発展」『仮想の近代—西洋的理性とポストモダン—』東京大学出版会 (一九九二年) 四三—七〇頁 (初出「平野龍一先生古稀祝賀論文集・下」有斐閣「一九九一年」)。

\* 15 法の二分コード化についての解説として、vgl. N. Luhmann, *Die Codierung des Rechtssystems*, in: *Rechtstheorie* 17, 1986, S. 171-203.

\* 16 ルーマンは「法のトートロジーの展開」という観点から、二分コード化の論理的ステップについて興味深いモデルを立てている (Vgl. RG, S. 168f.).

\* 17 法／不法の区別は実体的に捉えられるべきではない。実体的に見るから法と不法の「中間領域」なるものが問題化されるのである。この区別は他方の側にのみ相関している。ある時には「不法」の側に重心がおかれ、不法でないやり取りはすべて「適法」として扱われる。たとえば刑事法の場合がそうである。これに対して、たとえば権利が争われる場合には「法」の側に重心がおかれる。法(権利)の側に属さないやり取りは、すべて「無権利」ということになる。

\* 18 実際、「六法全書」をひもとけばわかるように、法原理や法目的を述べる特殊な場合を除いて、法令は基本的に条件プログラムの形で規定されている。なお、「組織規範」は必ずしも条件プログラムの形をとらないが、それは裁判所の決定に向けて定められているわけではない。

\* 19 ルーマンは、「結果」を法／不法の判断基準として用いることについて、一貫して否定的である (Vgl. hierzu vor allem, Dog, S. 31ff. 邦訳三八頁以下)。

\* 20 一見すると「目的プログラム」であるかのような「環境立法」も、ある作為・不作為が適法であるか否かについて、現在において(予想される範囲で)のみ決しうる。あらゆる予見の範囲を超えた事由のために、当該作為・不作為の所期の目的が達成されなかった(あるいは極めて有害な結果が派生した)としても、のちになって当該作為・不作為が遡及的に違法になるわけではない。せいぜい政治システムで「政治責任」が問題となるにすぎない (Vgl. RG, S. 200)。

\* 21 本稿「システムの法理論の現代的射程 (一)」一二九頁以下。

\* 22 Vgl. hierzu vor allem N. Luhmann, *Stenographie*, in: Luhmann et al., *Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien?*, 2. Aufl., München 1992, S. 119-137 (insbes. S. 123).



- \* 23 Vgl. hierzu N. Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1991, S. 84f.
- \* 24 観察パラドックスの脱パラドックス化について vgl. N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, a. a. O., S. 129ff.
- \* 25 もちろん、「当該観察とは区別された別の観察」も、自ら自身を観察できないという点では観察のパラドックスを免れてはいない。観察のパラドックスの「脱パラドックス化」は「パラドックスを別のパラドックスに置き換える」という以上の意味はない。Vgl. hierzu N. Luhmann, *Schönographie*, a. a. O., S. 123-124.
- \* 26 コミュニケーションのパラドックス回避のためにレベルを区別するという発想は、グレゴリー・ベイトソンによる「コミュニケーションの論理階型理論」にすでに見られる。ちなみに、ベイトソンのこの着想は「精神分裂病」の研究として展開され、「ダブルバインド理論」として結実する。Cf. Gregory Bateson, *Toward a Theory of Schizophrenia*, in: *Steps to an ecology of mind*, with a new foreword by Mary Catherine Bateson, Chicago 2000, pp. 201-227. (reproduced from *Behavioral Science*, Vol. 1, No. 4, 1956). 佐藤良明訳『精神の生態学』改訂第二版・新思泉社（二〇〇〇年）二八八—三一九頁。
- \* 27 Vgl. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, a. a. O., S. 85-87.
- \* 28 すでに述べるが、法システムの場合も、その「閉じ」に関わる操作が行われるのは、もっぱらこのレベルにおいてである。「法的決定」も、また「法的論証」も、この観察レベルにおける操作である。さらに、このレベルで法システムの反省理論としての「法理論 Rechtsheorie」が立てられる。もちろん、法の理論は、科学システムによる法の外部観察によっても可能である。法の「社会学理論」は現に存在している。しかし、法システムにとってより重要なものは、自らの反省理論なのであり、そのようなものとしての「法理論」である (Vgl. RG, S. 11ff., 496ff.)。
- \* 29 たとえば『社会の法』において、サード・オーダーの観察レベルへの言及は、散見される程度に留まる (Vgl. z. B. RG, S. 80, 373)。
- \* 30 Vgl. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, a. a. O., S. 87.
- \* 31 法的问题処理にあたって「中立の第三者」が求められるのは、「観察レベルを区別するために「中立の第三者」による観察」を用いることがきわめて有用だからである (Vgl. RS, S. 67. 邦訳七七頁)。これは「観察拠点の形成」にとっても重要な意味をもつ。
- \* 32 この図式は、H・L・A ハートによる「一次ルールと二次ルール」という区別図式とかなり類似している。一次ルール（責務のルール）にファースト・オーダーの観察レベルが対応し、二次ルール（承認のルール、変更のルール、裁決のルール）にセカンド・オーダーの観察レベルが対応するという見方は十分に可能であろう。Cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford

1994, pp. 91ff. 矢崎光圀監訳『法の概念』みすず書房(一九七六年)一〇〇頁以下。推測の域を出ないが、ルーマンが早くからグリー・ベイトソンの「コミュニケーションの論理階型理論」の影響を受けており、さらにベイトソンがラッセルの論理学から着想のヒントを得ていること、他方で、ハートがイギリス分析哲学の伝統のなかで研究を進めていることから、発想の原点は重なっているのではないか。Cf. Gregory Bateson, A Theory of Play and Fantasy, in: *Steps to an ecology of mind*, op. cit., pp. 177-193 (reprinted from A.P.A. *Psychiatric Research Report*, II [1955]). 邦訳二五八—二七九頁を参照。

\* 33 ルーマンが法システムに関して「セカンド・オーダー・サイバネティクス」を語るようになってきたのは、八〇年代の半ば以降であらう。Vgl. hierzu N. Luhmann, *Positivität als selbstbestimmtheit des Rechts*, *Rechtstheorie* 19, 1988, S. 11-27 (insbes. S. 19ff.). 一九八五年の講演原稿を起草した著「法の社会学的観察」には、なおセカンド・オーダー・サイバネティクスへの言及はない。Vgl. hierzu N. Luhmann, *Soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M. 1986. 土方透訳『法の社会学的観察』(前掲)一七〇頁。

\* 34 ちなみに、グンター・トイブナーも、法システムの自己観察および自己記述をセカンド・オーダー・サイバネティクスとして捉え、法システムはセカンド・オーダーのオートポイエシス・システムであるとしている。Vgl. Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, a. a. O., S. 28f., 36. 邦訳三八頁以下および四八頁。

\* 35 ここに言う「立法と裁判」の原語は *Parlamente* (議会) と *Gerichte* (裁判所) であり、ルーマン自身が本文中のその直後で、権力分立論との関係では *Legislative* (立法) と *Justiz* (司法) であると言いつけていた。後者は *Gerichte* の機能に着目した用法である。用語の使用に迷ったが、*Gerichte* と *Rechtsprechung* が互換的に用いられているようなところもあり、以後の論述との整合性を考慮して本稿では「立法と裁判」という用語を用いることにした。なお、ここでは裁判と司法を互換的に用いるが、歴史的沿革からすれば両者は異なるものである。両者がほぼ互換的に用いられるようになったのは比較的に最近である。いまなお両者は、一般に過ぎのようには区別される。司法は具体的事実について法を宣言し、維持する作用であるが、裁判は対立する当事者間の紛争に裁決を下すという、より広い意味に理解される。司法は法の維持に主目的があるのに対し、裁判は紛争解決に主目的があるとも言ってもよい。この点に関して、たとえば佐藤幸治『現代国家と司法権』有斐閣(一九八八年)三一頁以下や兼子一／竹下守夫『法律学全集第三四巻・裁判法』第四版・有斐閣(一九九九年)七頁以下などを参照。

\* 36 「行政」も、命令などによって法規範創出の一翼を担うゆえ、法の自己観察の拠点としての意味をもつ。また、「契約」についても、組織化された機関がその内容等を一括管理し、当該契約を集合的に運用する場合には、そこに観察拠点が構成されていると言え

よう (Vgl. RG, S. 321f.)。そのほか、ADRなどが法システムの観察拠点として一定の意味をもつことも否定できないであろう。

\* 37 ここでの議論は『社会の法』第七章「法システムにおける裁判の位置」に基本的に依拠している (Vgl. RG, S. 297-337)。なお、同趣旨の論文として、N. Luhmann, Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem, in: *Rechtstheorie* 21, 1990, S. 459-473。

\* 38 中国法はこの例によらないようである。この点に関し、季衛東『超近代の法—中国法秩序の深層構造—』シネルヴァ書房 (一九九九年) 二〇四頁以下を参照。

\* 39 古代ローマ帝国の影響をうけて、中世期にも多くの法制において、法の専門家である「判法人」が、(本来的には「執政官」に属する) 政治的実力の発動を条件づけるという形がとられた。その際、「判法人」も多くの場合「貴族身分」であり政治権力の側に属していると見られていた。国によってかなりの違いはあるも、近代前夜に至るまで「裁判権」についてのこうした見解が通用し続けた。Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2., neubearbeitete Aufl., Göttingen 1967, S. 103ff. 鈴木禄弥訳「近世私法史」〔初版訳〕創文社 (一九六一年) 九九頁以下。

\* 40 立法と裁判の間に「ヒエラルヒー的上下関係」があるとする定式化はあまりにも一八世紀的である。たとえば、モンテスキューは、『法の精神』の「イギリスの国制について」と題する章 (第一編の第六章) において、裁判官は「法律の言葉を発する口」にすぎないものとするが、この観念は裁判権が政治権力と一体化して過度に恣意的に行使されていた一八世紀当時のフランスの時代状況に大きく影響された。Cf. Montesquieu, De l'esprit des lois: Edouard Laboulaye (ed.), *Œuvres complètes de Montesquieu, avec les variantes des premières éd., un choix des meilleurs commentaires et des notes nouvelles*, Tome IV, Nendeln (Liechtenstein) 1972, p. 18. 野田良之他訳『法の精神・上』岩波書店 (一九八九年) 二一九頁。

\* 41 法律による裁判の拘束は、一見あまりにも自明である。日本国憲法も、その第七六条三項において、裁判官の独立とともに、「法律」への拘束を明らかにしている。もともと、その拘束性の程度は、「法律」の理解の仕方によって異なつてこよう。実際、裁判官が創造性を発揮する場面は広範に存在している。この点について、たとえば樋口陽一／栗城壽夫『現代憲法大系 一一・憲法と裁判』法律文化社 (一九八八年) 三一頁以下を参照。

\* 42 この定式を用いる実質的理由は、「人民主権」的な観点からすれば、一見至極もつともである。裁判官は必ずしも民主的に選任されるわけではないため、専門性の陰に隠れて「人民意思」に沿わない判断を下すおそれ大きい。だから、法律によってその判断に厳格に縛りかけることが求められるというのである。しかし、すぐ後述するように、裁判官が「解釈権」を握っている限り、法律によってその判断を拘束することには限界がある。そもそも、裁判官は一方的に縛られるべき存在ではない。時として、裁判官が共

有する固有の「ゲームのルール」(これこそが「法教義学」である)に基づいて、「人民意思」の横暴を抑止するということも求められる。そうした可能性を封じるという意味でも、「立法と裁判のヒエラルヒー」定式は限界を負っている。この点に関して、長谷部恭男「比較不可能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論——」東京大学出版会(二〇〇〇年)一一九頁以下、樋口陽一「憲法〔改訂版〕」創文社(一九九八年)四一〇頁以下、および前掲「憲法と裁判」五三頁以下などを参照。

\* 43 たとえば、民法第一七五条は「物権法定主義」を定め、民法典に定める物権と、その他法律で定める物権以外に、物権の創設を認めないと規定している。しかし、判例は、同条に反するのみならず、第三四四条(質権の要物契約性)および第三四五条(質物の代理占有禁止)にまで反する「譲渡担保」を「非典型担保」として認めている(大審院大正三年一月二日判決民録第二〇巻八六五頁以下)。こうした判例の態度をうけて、昭和五年には「仮登記担保に関する法律」が定められ、「譲渡担保」の一部形態が立法的に認められることになった。

\* 44 日本の場合には、日本国憲法第三二条の解釈上、裁判所は適法な訴えがなされた場合にそれを拒むことは認められないとされる。これについては、樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂『注解法律学全集2・憲法II(第二条—第四〇条)』青林書院(一九九七年)二八三頁を参照。

\* 45 たとえば、あらかじめ「法律上の争訟」(裁判所法第三条)にあたるか否かといったフィルターがかけられていて、実際にあらゆる訴えに対して裁判所が応じなければならないわけではない。

\* 46 法解釈の柔軟性に加えて、裁判官は「事件構成」についても相当の自由を有している。裁判官は、事案処理について、端から見えるよりもはるかに自由である。この点を論ずる論文として、村上淳一「裁判官の事件「構成」」「システムと自己観察——フィクションとしての「法」——」東京大学出版会(二〇〇〇年)四一—七三頁(初出「桐蔭法学」第五卷一号「一九九八年」)「ドイツにおける裁判官の事件処理」を改題)。

\* 47 同様の指摘は、宗教の教義学についても見られる。Vgl. hierzu N. Luhmann, *Funktion der Religion*, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1992, S. 86f. 土方昭／三瓶憲彦訳『新版』宗教社会学—宗教の機能—』新泉社(一九九九年)六七頁以下。

\* 48 「拒否の禁止」が法解釈の自由を増大させるという点について、服部高宏「システム理論と法・法的思考(二)」『國學院法学』第二九巻四号(一九九二年)二〇頁以下を参照。

\* 49 ルーマンは、かなり早い段階から「拒否することの禁止」が法の創造性を生み出す条件になっていると指摘している。たとえば、「法システムと法教義学」では、法教義学は、「拒否することの禁止」によって、経験とテクストとを駆使しながら自由に判断を形

成するための技法を発展させてきたのであり、まさに法教義学の本質的メルクマールが「拒否することの禁止」に見いだされるとしている (Vgl. Dog. S. 15ff. 邦訳一二頁以下)。この場を借りて、指摘された内容について少し敷衍しておく。法解釈者は、前提となるドグマ(教義)に拘束されることによって、ドグマについての疑問から解放される。もって、前提をとやかく問題にするために費やされる時間的コストを大いに節約する。他方、法教義学の場合、前提となるドグマはきわめて抽象的かつ複合的である。それゆえ、法解釈者は、そうしたドグマを縦横に展開して自由に事案に取り組むということができる。法解釈者は、「文理解釈」を行うのみならず、「論理解釈」や「歴史的解釈」、「目的論的解釈」によって法規の意味を拡張したり縮小したりできる。それどころか、「類推解釈」によって異なる事態にも法規の趣旨を及ぼすことができる。こうした法解釈者の自由は、ドグマを否定する場合には得られないものである。ドグマを否定するなら、あらゆる処理に当たって、なを出発点にするのか、それをどのように展開するのかについて、いちいちコンセンサスを形成しなければならない。なお、この点については、カール・ラレンツも注目しており、彼のルーマンに対する評価は比較的に肯定的である。\* Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1. Aufl. 1960, 6. newbearb. Aufl., Berlin/ Heidelberg/ New York 1991, S. 229-234. 米山隆訳「法学方法論〔第六版〕」青山社(一九九八年)三五四頁以下。

\* 50 ロナルド・ドゥオーキンの「権利テーゼ」は、まさにこの問題に向けられている。もともと彼は、そのような場合には裁判官によって「立法」が行われ、「法の欠缺」が補充されてよいという見解(法実証主義)に対しては、一貫して異を唱えている。法的論証にこつそりと「異質な要素」を持ち込むことになるからである。彼は、訴訟を解決しうる確立された法準則が全くない場合でも、一方の当事者は勝訴する権利を有し、その場合、法原理による論証によってひとつの回答が与えられなければならないとする。\* Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts) 1977, p. 81. 木下毅/小林公/野坂泰司訳「権利論」木鐸社(一九八六年)九七—九八頁。彼のこの主張はのちに解釈学的方向で展開され「インテグリティとしての法」という形をとる。\* Cf. Law's *Empire*, Cambridge (Massachusetts) 1986, pp. 94-96, 224-228. 小林公訳「法の帝国」未来社(一九九五年)一六〇—一六三頁、三五三—三五七頁。「インテグリティとしての法」というテーマについては、内田貴「探訪「法の帝国」(一)」『法学協会雑誌』第一〇五巻三号(一九八八年)二八頁以下、中山竜一「法理論における言語論的展開(一)——『法と言語』研究序説——」『法学論叢』一三〇巻二号(一九九二年)六三頁以下、植木一幹「R・ドゥオーキンの「インテグリティとしての法」の理論に関する一考察(一)——J・ハーバマスによる批判を手がかりに——」『法学論叢』一三五巻四号(一九九四年)七三頁以下などを参照。

\* 51 Vgl. hierzu Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem, a. a. O., S. 466ff.

\* 52 この定式は「社会が機能分化する以前の「環節分化」と「成層分化」の中間に位置する分化形式の再来ではない(Vgl. GG, S. 663ff.)」。

むしろ、近代社会における高度の機能分化を前提として、機能システム内部に登場してきたシステムの「内部分化」である（Vgl. RG, S. 333f.）。なお、ルーマンによれば、同様の分化は経済システムにも見られるとされる。ここでは「銀行」（とりわけ「中央銀行」）が中心を形作り、生産や取引、消費といった経済活動は周辺に位置することになる。銀行は、信用を保証し、通貨供給量をコントロールすることで、経済システムの作動全般をコントロールしうる地位に立つがゆえに中心なのであり、周辺は「支払い」を断絶させないことで貨幣価値に実体をもたらす役割を担う（Vgl. RG, S. 334f.）。Vgl. hierzu N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1989, S. 144ff. 春日淳一訳『社会の経済』文真堂（一九九一年）一四一頁以下。

\* 53 Siehe hierzu Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, a. a. O., S. 149ff. 邦訳二〇二頁以下。

（続く）